

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC130007-O/U.doc

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC130010

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Notz

## **Beschluss und Urteil vom 27. Juni 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht  
Zürich, 7. Abteilung, vom 23. Januar 2013 (FE120791-L)**

## Erwägungen:

### I.

1. Am 19. September 2012 reichte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Erstinstanz gestützt auf Art. 114 ZGB eine Scheidungsklage ein und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7/1). Mit Verfügung vom 23. Januar 2013 wies die Erstinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab und setzte der Gesuchstellerin Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an (Urk. 2 S. 7).

2. Am 4. Februar 2013 reichte die Gesuchstellerin Beschwerde ein und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "1.a) Es sei Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 23. Januar 2013 (Geschäfts-Nr. FE120791) aufzuheben und dem Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stattzugeben.
- 1.b) Eventualiter: Es sei die vorliegende Angelegenheit zu neuer Entscheidungsfällung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 2. Es sei Dispositivziffer 3 der genannten Verfügung vom 23. Januar 2013 aufzuheben und von einer Fristansetzung an die Beschwerdeführerin zwecks Vorschussleistung abzusehen.
- 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8,0 % MwSt, zu Lasten der Gegenpartei."

Gleichzeitig stellte die Gesuchstellerin das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch für das Beschwerdeverfahren.

3. Mit Präsidialverfügung vom 8. Februar 2013 wurde antragsgemäss die Vollstreckung der Beschwerde hinsichtlich Dispositivziffer 3 (Kostenvorschuss) aufgeschoben (Urk. 6). Der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner liess mit Beschwerdeantwort vom 26. März 2013 die Abweisung der Beschwerde als auch die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege beantragen und gleichzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen (Urk. 9 S. 2). Am 15. April 2013 liess die Gesuchstellerin mitteilen, dass sie auf eine Stellungnahme zum

gegnerischen UP/URV-Gesuch verzichte (Urk. 11), was der Gegenseite am 22. April 2013 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 11).

4. In der Zwischenzeit hatte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. Januar 2013 bei der Erstinstanz ein Wiedererwägungsgesuch gestellt und ihr Rechtsbegehren um den Eventualantrag, die Ehe sei wegen Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 115 ZGB zu scheiden, ergänzt. Das Wiedererwägungsgesuch wurde mit Verfügung vom 12. Februar 2013 abgewiesen. Dagegen erhob die Gesuchstellerin ebenfalls Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 in Verfahren PC130010):

- "1.a) Es sei Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung Einzelgericht, vom 12. Februar 2013 (Geschäfts-Nr. FE120791-L) aufzuheben und dem Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stattzugeben.
- 1.b) Eventualiter: Es sei die vorliegende Angelegenheit zu neuer Entscheidungsfällung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8,0 % MwSt, zu Lasten der Gegenpartei."

Sodann stellte die Gesuchstellerin den Antrag, das Beschwerdeverfahren sei mit dem Verfahren PC130007 zu vereinigen und es sei ihr auch für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

5. Der Gesuchsgegner liess mit Beschwerdeantwort vom 2. April 2013 die Abweisung auch dieser Beschwerde und des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege beantragen und liess gleichzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen (Urk. 8 in Verfahren PC130010). Mit Schreiben vom 15. April 2013 liess die Gesuchstellerin mitteilen, dass sie auf eine Stellungnahme zum gegnerischen UP/URV-Gesuch verzichte, was der Gegenseite am 22. April 2013 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 11 in Verfahren PC130010).

## II.

1. Die bis anhin separat geführten Beschwerden stehen in einem engen sachlichen Zusammenhang, beschlagen das Scheidungsverfahren der Parteien und sind antragsgemäss aus Zweckmässigkeitsgründen zu vereinigen (Art. 125 ZPO). Geschäfts-Nr. PC130010 ist somit mit Geschäfts-Nr. PC130007 zu vereinigen und unter dieser Nummer weiterzuführen. Geschäfts-Nr. PC130010 ist als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten aus Geschäfts-Nr. PC130010 sind als Urk. 14/1-12 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens zu nehmen.

2. Gemäss Verfügung vom 23. Januar 2013 hält die Erstinstanz die Scheidungsklage gestützt auf Art. 114 ZGB für aussichtslos. Die Gesuchstellerin werde zu beweisen haben, wann sie sich in erkennbarer Weise entschieden habe, die Lebensgemeinschaft aufgeben zu wollen. Der Gesuchsgegner habe von September 2006 bis September 2012 eine Gefängnisstrafe vollzogen. Bis 2009 habe die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner im Gefängnis besucht. Die Gesuchstellerin lasse ausführen, ihren Scheidungswillen mit dem Abbruch der Gefängnisbesuche ausreichend kundgetan zu haben. Der Gesuchsgegner verweise [für den Abbruch der Besuche] auf Unannehmlichkeiten im Zusammenhang mit den Leibesvisitationen bei den Gefängnisbesuchen. Unbestritten sei, dass die Gesuchstellerin nie dem Gesuchsgegner geschrieben habe, auch nicht zum Thema Scheidungswillen. Sie gebe an, ihren Scheidungswillen lediglich ihrer Familie gegenüber geäussert zu haben. Den wenige Monate vor der Entlassung des Gesuchsgegners zur Gesuchstellerin geschickten befreundeten Eheleuten wolle sie gesagt haben, dass sie sich nach der Entlassung des Gesuchsgegners zusammensetzen und entscheiden würden. Gemäss Angaben des Gesuchsgegners habe die Gesuchstellerin den befreundeten Eheleuten gesagt, dass sie keine Scheidung wolle. Schriftliche Dokumente, welche den Willen der Gesuchstellerin, die häusliche Gemeinschaft nicht wieder aufnehmen zu wollen, eindeutig nach aussen hin zu erkennen geben, existierten nicht. Den Angaben der befreundeten Eheleute, welche wenige Monate vor der Entlassung des Gesuchsgegners zur Sondierung der Lage zur Gesuchstellerin geschickten worden seien, werde in dieser Konstellation voraussichtlich zentrale Bedeutung zukommen. Dabei sei von Belang, dass die

fraglichen Personen auch vom Gesuchsgegner zum Beweis seiner gegensätzlichen Position angerufen würden und sich die Gesuchstellerin anlässlich der Einigungsverhandlung jedenfalls nicht ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt habe, sie habe ihnen ihren Scheidungswillen mitgeteilt. Der Gesuchsgegner liefere für die Einstellung der Gefängnisbesuche eine Erklärung, die nicht von vornherein als ungläubhaft verworfen werden könne und rufe seinen damaligen amtlichen Verteidiger als Zeugen. Damit reiche die Einstellung der Gefängnisbesuche nach heutigem Verfahrensstand per se nicht aus, um daraus den Willen der Gesuchstellerin zur Aufgabe der Lebensgemeinschaft zu schliessen (Urk. 2 S. 4 ff.).

3. Zum Wiedererwägungsgesuch vom 12. Februar 2013 erwog die Erstinstanz, es sei fraglich, ob sich allein aufgrund der Ergänzung des klägerischen Rechtsbehrens um den erwähnten Eventualantrag die tatsächlichen Verhältnisse seit der Verfügung vom 23. Januar 2013 geändert hätten. Der Hauptantrag bleibe jedenfalls unverändert. Daneben sei nicht einsichtig, inwiefern sich die Aussichten der Klage durch die Hinzufügung eines Antrags für den Fall des fehlenden Erfolgs des Hauptantrags verbessern sollten. Schliesslich würden auch die Erfolgsaussichten vor dem Hintergrund der strengen bundesgerichtlichen Praxis zur Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 115 ZGB als ungünstig erscheinen. Die Gesuchstellerin habe trotz des Gefängnisaufenthaltes des Gesuchsgegners von 2006 bis 2012 und auch nach Kenntnis vom ausserehelichen Kind (nach ihrer Darstellung) im Jahre 2008 vorerst keine Scheidungsklage eingereicht. Stattdessen habe sie den Gesuchsgegner bis 2009 weiter besucht. Es sei daher nicht von der Einschätzung der Erfolgsaussichten der Klage gemäss der Verfügung vom 23. Januar 2013 abzuweichen (Urk. 14/2 S. 3).

4. In der Beschwerde gegen die Verfügung vom 23. Januar 2013 rügt die Gesuchstellerin im Wesentlichen, entgegen dem von der Vorinstanz eingenommenen Standpunkt könne keine Rede davon sein, dass ihre Scheidungsklage sich als aussichtslos erweise. Nicht nachvollziehbar sei, wenn sich die Vorinstanz zur Begründung der angeblichen Aussichtslosigkeit darauf stütze, dass die "Beweisführung bei der derzeitigen Aktenlage als schwierig" bezeichnet werde. Einzig deshalb, weil ein Ehepaar gleich von beiden Parteien als Zeugen für die jeweils

eigene Sachdarstellung angerufen werde, rechtfertige es sich noch nicht, die Beweislage als schwierig, geschweige denn als aussichtslos zu bezeichnen. Auch der Standpunkt der Vorinstanz, die Einstellung der Gefängnisbesuche im Jahre 2009 lasse per se noch nicht den Schluss zu, die Gesuchstellerin habe damit den Willen zur Aufgabe der Lebensgemeinschaft dokumentiert, sei alles andere als überzeugend. Die Vorinstanz übersehe, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2009 nicht nur die persönlichen Besuche im Gefängnis abgebrochen habe, sondern von da an jeglichen, etwa auch brieflichen Kontakt zum Gesuchsgegner gänzlich unterbunden habe, so dass insofern kein vernünftiger Zweifel am Scheidungswillen habe aufkommen können. Wer während vier Jahren keinerlei Kontakt mehr zu seinem Ehepartner aufrecht erhalte, ja einen solchen nicht einmal mehr suche, obschon ihm dies ohne weiteres möglich wäre, dessen Ehewille sei zweifellos erloschen, ohne dass es dafür noch einer weiteren Willenskundgabe mittels eingeschriebenen Briefes bedürfe. Weshalb die von der Gesuchstellerin angerufenen Zeugen - Familienangehörige, Arbeitskolleginnen und -kollegen, aber auch das eingestandenermassen ebenfalls vom Gesuchsgegner angerufene Ehepaar C.\_\_\_\_\_ von vornherein gänzlich untauglich sein sollten - den im Übrigen lebensnahen und bestens nachvollziehbaren Standpunkt der Gesuchstellerin zu untermauern, sei schlicht nicht ersichtlich. Auch könne - im Sinne der Gerichtspraxis - keine Rede davon sein, die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin seien "kaum als ernsthaft" zu bezeichnen. Die Rechtsprechung verlange zudem, dass in Scheidungsprozessen selbst dann keine Aussichtslosigkeit unterstellt werde, wenn die Gewinnaussichten "objektiv betrachtet beträchtlich geringer seien als die Verlustgefahren". In einem Scheidungsverfahren könne die Aussichtslosigkeit des Prozessstandpunktes, wenn überhaupt, nur mit allergrösster Zurückhaltung unterstellt werden (Urk. 1 S. 5 ff.).

5. In der Beschwerde gegen die Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs moniert die Gesuchstellerin, es könne dem Protokoll der vorinstanzlichen Einigungsverhandlung entnommen werden, dass der Ehemann seit seiner Gefängnisentlassung nicht nur die Gesuchstellerin auf massivste Art und Weise persönlich, u.a. mit dem Tod, bzw. dem Anrichten eines Blutbads bedrohe, sondern auch ihr Umfeld, namentlich die Arbeitskolleginnen und -kollegen an der Arbeitsstelle

unmittelbar und direkt, aber auch die in Indien lebenden Familienangehörigen auf telefonischem Wege. Derartige massive Drohungen des Ehemannes gegenüber einer Arbeitskollegin hätten im Übrigen dazu geführt, dass der Gesuchsgegner noch vor der Gerichtsverhandlung vom 5. Dezember 2012 inhaftiert und für die Verhandlung aus der Untersuchungshaft habe polizeilich vorgeführt werden müssen. In tatsächlicher Hinsicht könne somit schon aufgrund der Aktenlage im derzeitigen Zeitpunkt, also noch vor Durchführung der Hauptverhandlung und noch vor Begründung der vorliegenden Scheidungsklage, kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass sich die Gesuchstellerin auf den Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 115 ZGB berufen könne (Urk. 14/1 S. 6).

Sie, die Gesuchstellerin, behaupte im Weiteren nicht, dass sich die Verhältnisse "geändert" hätten, sondern stütze ihre Scheidungsklage nunmehr zusätzlich auf neue und insofern andere tatsächliche Verhältnisse, als zur Begründung der ursprünglichen Klage nach Art. 114 ZGB vorgebracht worden seien. Da die Vorinstanz bei der ersten Abweisung des Armenrechtsgesuchs die Frage der Prozessaussichten einzig unter dem Aspekt des zweijährigen Getrenntlebens im Sinne von Art. 114 ZGB geprüft habe, was Folge davon sei, dass bei der Einleitung einer Scheidungsklage auch der angerufene Scheidungsgrund anzuführen sei, würden mit der nun zusätzlich erfolgten Abstützung der Klage auf Art. 115 ZGB insofern andere und neue Verhältnisse vorliegen (Urk. 14/1 S. 7).

6. Der Gesuchsgegner verlangt unter Hinweis auf die entsprechenden Erwägungen die Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheide (Urk. 9 S. 2; Urk. 14/8 S. 2).

7. Gemäss Art. 290 lit. b ZPO muss die Scheidungsklage das Rechtsbegehren enthalten, die Ehe sei zu scheiden, sowie die Bezeichnung des Scheidungsgrunds (Art. 114 oder 115 ZGB). Allerdings handelt es sich bei der Angabe des Scheidungsgrundes nicht um eine Ausnahme vom Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Die Angabe bezweckt nach den Gesetzesmaterialien nicht mehr als eine Triage in einfachere und schwierigere Fälle (Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Komm. ZPO, 2. Aufl. 2012, Art. 290 N 20 mit Verweis auf die Botschaft ZPO). Ist unsicher, ob das Getrenntleben zwei

Jahre dauerte, kann ein Eventualbegehren gestellt werden, wonach die Ehe gestützt auf Art. 115 ZGB zu scheiden sei. Bei einem nur einen Scheidungsgrund nennenden Scheidungsbegehren ist ein nachträglicher Austausch des Scheidungsgrundes möglich (A. Spycher, Berner Komm. ZPO II, Art. 290 N 8). Mit Bezug auf den Scheidungspunkt hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 277 Abs. 3 ZPO). Soweit der Untersuchungsgrundsatz gilt, können neue Tatsachen und Beweismittel im ordentlichen Verfahren noch bis zur Urteilsberatung vorgetragen werden und sind sie auch zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Demgemäss ist eine Änderung der gestellten Rechtsbegehren oder die Stellung neuer Rechtsbegehren noch bis zur Urteilsberatung zulässig (A. Spycher, a.a.O., Art. 277 N 27ff.). Die Prüfungspflicht beschränkt sich auf die von den Ehegatten vorgebrachten Tatsachen. Es besteht keine Pflicht, nach scheidungs begründenden oder scheidungshindernden Tatsachen zu suchen (Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 277 N 19).

8. Die Gesuchstellerin hat ihr Scheidungsbegehren auf Art. 114 ZGB gestützt und mit einer Nachtragseingabe im Sinne eines Wiedererwägungsgesuchs den Eventualantrag auf Scheidung infolge Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) eingereicht. Das Wiedererwägungsgesuch beurteilt sich nicht nach den tatsächlichen Verhältnissen seit der Verfügung vom 23. Januar 2013. Es wird nicht eine nachträgliche tatsächliche Unrichtigkeit zufolge veränderter Verhältnisse geltend gemacht, sondern eine ursprüngliche Unrichtigkeit (vgl. A. Bühler, Berner Komm. ZPO I, Art. 119 N 68a-c). Die Gesuchstellerin hat bereits anlässlich der Einigungsverhandlung vom 5. Dezember 2012 auf den subsidiären Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit verwiesen (Prot. I S. 9, 10), zwar ohne dannzumal formell einen Eventualantrag zu stellen. Wie gesehen, kann ihr dies im Scheidungsverfahren, wo das Rechtsbegehren auf Scheidung der Ehe geht, nicht zum Nachteil gereichen.

9. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 117 lit. b ZPO zu berücksichtigen. Als aussichtslos sind demnach Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.3, 2.2.4).

10. Die rechtliche Ausgangslage für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege präsentiert sich wie folgt: Ein Ehegatte kann die Scheidung verlangen, wenn die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage mindestens zwei Jahre getrennt leben (Art. 114 ZGB). Vor Ablauf der zweijährigen Frist kann ein Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn ihm die Fortsetzung aus schwerwiegenden Gründen, die ihm nicht zuzurechnen sind, nicht zugemutet werden kann (Art. 115 ZGB).

11.1 Die Parteien, beide gebürtige indische Staatsangehörige, sind seit Februar 1996 verheiratet. Die Gesuchstellerin ist heute Bürgerin von Zürich. Der gemeinsame Sohn wurde am tt.mm.1996 geboren. Von September 2006 bis September 2012 war der Gesuchsgegner wegen Drogenhandels im Gefängnis (Prot. I S. 4 i.V.m. S. 20). Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin die Besuche im Gefängnis im Jahr 2009 abgebrochen hat. Die Gesuchstellerin begründet dies damit, dass sie im Jahr 2008 erfahren habe, und zwar im Zusammenhang mit einem Brief betreffend Alimente, dass der Gesuchsgegner eine aussereheliche Tochter habe, daraufhin habe sie die Scheidung gewollt; seit vier Jahren wolle sie die Scheidung (Prot. I S. 4). Die Gesuchstellerin hält daran fest, dass sie dies dem Gesuchsgeg-

ner mehrere Male gesagt habe. Sie habe dem Ehepaar C.\_\_\_\_\_, das beide Parteien kennt und das der Gesuchsgegner einige Monate vor der Entlassung bei der Gesuchstellerin vorbeischicken liess, erklärt, dass sie sich "nach der Entlassung des Beklagten zusammensetzen und entscheiden werden" (Prot. I. S. 8.). Das bedeute, so die Präzisierung vor Erstinstanz, "Sie, die Beklagte (recte Gesuchstellerin) habe einzig nach dem Gefängnisaufenthalt friedlich über die Scheidungsfolgen reden wollen, der Scheidungswille habe immer festgestanden." (Prot. I S. 9).

11.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Gesuchstellerin habe gewusst, dass er noch ein aussereheliches Kind habe. Das Kind sei mittlerweile etwa acht oder neun Jahre alt. Die Gesuchstellerin habe nie von Scheidung gesprochen. Dem Ehepaar C.\_\_\_\_\_ habe die Gesuchstellerin im Mai oder Juni 2012 noch ausdrücklich gesagt, dass sie keine Scheidung möchte (Prot. I S. 6). Die Besuche im Gefängnis habe sie deshalb unterlassen, da die jeweiligen Leibesvisitationen sehr unangenehm gewesen seien, was sie sich und dem gemeinsamen Sohn nicht mehr habe zumuten wollen. Das könne auch sein früherer Anwalt bezeugen (Prot. I S. 17).

11.3 Dem Hauptargument des Gesuchsgegners, dass die Gesuchstellerin die Besuche einzig wegen der für sie und ihren Sohn unangenehmen Leibesvisitationen abgebrochen und im Frühsommer 2012 Freunden gesagt habe, sie wolle keine Scheidung, steht die Darlegung der Gesuchstellerin gegenüber, dass sie seit vier Jahren die Scheidung wolle und dies dem Gesuchsgegner auch gesagt bzw. in erkennbarer Weise durch ihr Verhalten offen gelegt habe. Zur Zeit der Inhaftierung des Gesuchsgegners im Jahr 2006 waren die Parteien rund zehn Jahre verheiratet und haben, so ist zu schliessen, auch zusammengelebt; jedenfalls befinden sich in der gemeinsamen Wohnung noch heute Dokumente, Kleider und ein Teil der Möbel des Gesuchsgegners (Prot. I S. 5). Die Parteien stammen aus einem Kulturkreis, indem mitunter die Familienbande sehr eng sind, und haben einen gemeinsamen Sohn, der heute das 10. Schuljahr besucht (Prot. I. S. 11). Die Gesuchstellerin hat im Jahr 2009 nicht nur die persönlichen Besuche abgebrochen, sondern sie liess weder Briefe, Geschenke oder anderweitige persönliche

Zeichen dem Gesuchsgegner zukommen, um die Beziehung zumindest auf diese distanzierte Weise aufrecht zu erhalten. Dass die Gesuchstellerin vor diesem Hintergrund dem Ehepaar C.\_\_\_\_\_ gesagt haben soll, dass sie den Gesuchsgegner noch liebe und keine Scheidung wolle (Prot. I S. 17), erscheint wenig plausibel. Dass die Gesuchstellerin die eheliche Wohnung nicht verlassen hat (Prot. I S. 5), ist nachvollziehbar. Solange der Gesuchsgegner im Gefängnis war, gab es für sie keinen äusseren Anlass, die eheliche Wohnung zu verlassen, zumal der schulpflichtige Sohn so in der vertrauten Umgebung verbleiben konnte. Hingegen hat die Gesuchstellerin unmittelbar nach der Haftentlassung konkrete Schritte unternommen, um ihren Scheidungswillen in Tat umzusetzen. Sie liess am 19. September 2012, also nur wenige Tage nach der Entlassung des Gesuchsgegners aus dem Gefängnis (Prot. I S. 4), die Scheidungsklage einleiten. Eine Wiedernäherung fand zuvor nicht statt. Gegenteilig - so wird ausgeführt - sei der Gesuchsgegner am Tage der Entlassung bei der Gesuchstellerin vorbeigegangen, welche die Wiederaufnahme des Zusammenlebens jedoch ablehnte, zumal der Gesuchsgegner noch während des Strafvollzugs in verschiedenen Briefen an seine Ehefrau Drohungen ausgestossen habe (Urk. 1 S. 4).

11.4 Aussichtslosigkeit bedeutet, dass die Begehren kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Es trifft zu, dass der Gesuchsgegner für seine Behauptungen das befreundete Ehepaar C.\_\_\_\_\_ sowie den früheren amtlichen Verteidiger als Zeugen angerufen hat (Urk. 2 S. 6). Für den Standpunkt der Gesuchstellerin, welche zu beweisen haben wird, dass die Ehe nur noch formell und ohne Aussicht auf Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft bestanden hat, was sich in der Regel dem direkten Beweis entzieht, ist festzuhalten, dass die Aufgabe der Gefängnisbesuche und damit zusammenhängend das in Ziffer 11.3 in den letzten drei Jahren gelebte Verhalten ein starkes Indiz für ihren Trennungswillen darstellen. Zudem beruft sich die Gesuchstellerin auf ihre Familie in Indien, auf Arbeitskollegen und ebenso die befreundeten Eheleute C.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 10). Tatsächliche Aussichtslosigkeit kann gegeben sein, weil die behaupteten Tatsachen für den geltend gemachten Anspruch unerheblich sind oder die zu ihrem Nachweis angerufenen Beweismittel unerheblich, untauglich oder ungeeignet sind. Tatsächliche Unsicherheiten und Zweifel beweisrechtlicher Art können jedenfalls dort, wo

beide Parteien Beweismittel benennen oder vorlegen, nur durch ein vollständiges Beweisverfahren behoben werden. Sie wirken sich deshalb zugunsten der gesuchstellenden Partei aus. Sodann darf im erstinstanzlichen Verfahren Unerheblichkeit oder Untauglichkeit der offerierten Beweismittel nur mit Zurückhaltung bejaht und die Beweiswürdigung des Sachrichters nicht vorweggenommen werden. Im Zweifel ist die Zulässigkeit oder Erheblichkeit eines Beweismittels anzunehmen (A. Bühler, a.a.O., Art. 117 N 246 f.). All dies spricht vorliegend gegen die Annahme einer Aussichtslosigkeit.

12.1 In Ehesachen ist das Gericht oft mit kontroversen Sachdarstellungen beider Ehegatten konfrontiert. Wenn im Klageverfahren die Voraussetzungen von Art. 114 ZGB nicht gegeben sind, wird das Gericht weiter zu prüfen haben, ob der Scheidungsgrund von Art. 115 ZGB in Frage kommt (BSK ZGB I-Steck, Art. 114 N 25). Die Gesuchstellerin hat wie eingangs erwähnt auch den subsidiären Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit angerufen. Der Gesuchsgegner macht dazu in der Beschwerdeantwort geltend, die Gesuchstellerin habe diesen Antrag in der Eingabe vom 24. Januar 2013 nicht begründet. Erst im Beschwerdeverfahren bringe sie vor, dass sie vom Gesuchsgegner am Arbeitsplatz aufgesucht worden und bedroht worden sei. Zudem versuche sie, die Gründe nachzuschieben, was nicht möglich sei (Urk. 14/8 S. 3f.).

12.2 Es trifft zu, dass die Gesuchstellerin das Wiedererwägungsgesuch sehr summarisch abgefasst hat. Die - bestrittenen - Drohungen wurden allerdings in der Einigungsverhandlung thematisiert. An verschiedener Stelle liess die Gesuchstellerin ausführen, dass der Gesuchsgegner verschiedentlich massive Drohungen gegenüber ihr, ihrer Familie und einem befreundeten Ehepaar ausgestossen habe. Auch habe der Gesuchsgegner mehrere Male nach Indien telefoniert und gegenüber der Familie der Gesuchstellerin gesagt, dass etwas Schlimmes passieren werde, wenn die Gesuchstellerin an der Scheidungsklage festhalte. Auch habe der Gesuchsgegner eine Arbeitskollegin und deren Ehemann mit dem Tod bedroht, was letztlich zu der erneuten Inhaftierung geführt habe (Prot. I S. 12, 18, 20 ff.). Dass es sich nicht nur um blosser Behauptungen handeln kann, zeigt zumindest die Tatsache, dass der Gesuchsgegner am 23. November 2013 erneut in

Untersuchungshaft gesetzt und an der Verhandlung vom 5. Dezember 2012 polizeilich vorgeführt werden musste.

12.3 Die Erstinstanz verwies in der Verfügung vom 12. Februar 2013 auf die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 115 ZGB (Urk. 14/2 S. 3). In BGer 5C.35/2001 vom 8.5.2001 etwa hat das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid, welcher festhielt, dass behauptete Drohungen des Beklagten, es werde "etwas passieren", sollte die Ehefrau auf Scheidung klagen, nicht für eine Unzumutbarkeit genügten, bestätigt (BSK ZGB I-Steck, Art. 115 N 25). Andererseits wird in der Lehre festgehalten, dass auch schon blossе Todesdrohungen gegenüber dem Ehegatten und/oder den Kindern u.U. eine Unzumutbarkeit zu begründen vermögen (BSK ZGB I-Steck, Art. 115 N 15). Die von der Gesuchstellerin geltend gemachten massiven Drohungen werden vom Gesuchsgegner bestritten, weshalb auch darüber ein Beweisverfahren durchzuführen sein wird. Ob sodann Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 115 ZGB vorliegt, ist Rechtsfrage. Sind umfangreiche Abklärungen nötig, spricht dies gegen die Aussichtslosigkeit der Begehren. Insbesondere darf bei heiklen entscheiderelevanten Rechtsfragen nicht zu Ungunsten des Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden. Sie sind vielmehr dem Sachrichter zur Beurteilung zu überlassen (BGer. 5A\_842/2011 vom 24. Februar 2012 m.w.H.).

13. Aus den dargelegten Gründen ist die Scheidungsklage, d.h. sowohl der Haupt- als auch der Eventualantrag, nicht als aussichtslos im Sinne der Rechtsprechung zu beurteilen. Die Erstinstanz hat die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege nur unter dem Blickwinkel der Aussichtslosigkeit geprüft. Da letztere zu verneinen ist, hat die Vorinstanz in dem vorliegend an sie zurückzuweisenden Verfahren über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bezug auf die finanziellen Verhältnisse für das erstinstanzliche Verfahren neu zu befinden. In Gutheissung der Beschwerden sind folglich die Dispositiv-Ziffern 1 der Verfügungen des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 23. Januar 2013 und vom 12. Februar 2013 aufzuheben und ist die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

1. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren kostenlos. Diese Bestimmung ist indes nicht anwendbar für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E.6). Der Gesuchsgegner hat die Abweisung der Beschwerden beantragt und gilt damit als unterliegende Partei. Er ist damit für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären.

2. Beide Parteien beantragen auch für die Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2, Urk. 9 S. 2, Urk. 14/1, Urk. 14/8).

2.1 Die Gesuchstellerin begründet das Gesuch damit, dass sich ihre finanziellen Verhältnisse seit der erstinstanzlichen Verhandlung nicht geändert hätten, entsprechend könne auf die vorliegenden Akten verwiesen werden. Auch sei sie auf Rechtsbeistand angewiesen (Urk. 1 S. 12). Dem monatlichen Einkommen von Fr. 2'350.– steht ein enger zivilprozessualer Bedarf von Fr. 4'436.– gegenüber, weshalb ein monatlicher Fehlbetrag von rund Fr. 1'100.– resultiert (Urk. 7/23, 7/25). Für das Beschwerdeverfahren ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin zu bejahen. Auch ist die Gesuchstellerin auf anwaltlichen Rechtsbeistand angewiesen, weshalb der Anspruch grundsätzlich ausgewiesen ist. Aufgrund der Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren ist das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege allerdings gegenstandslos geworden. Dagegen ist Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ antragsgemäss als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2.2. Auch der Gesuchsgegner lässt für sein Begehren auf die vorinstanzlichen Akten verweisen (Urk. 9 S. 2). Sein Prozessstandpunkt im Beschwerdeverfahren ist trotz dem Ausgeführten nicht als aussichtslos zu werten, da bei einem Rechtsstreit um Statussachen das Gesuch der Gegenpartei nicht wegen Aussichtslosigkeit der Verteidigung abgelehnt werden kann (vgl. BGer. 5A\_265 vom 30. Mai 2012 m.w.H). Dieser Grundsatz hat im vorliegenden Fall auch für den Rechtsmittelbeklagten zu gelten. Entsprechend ist das Gesuch des Gesuchsgegners ebenfalls gutzuheissen. Die Kosten sind daher einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen; die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Dem

Gesuchsteller ist Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

3. Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über. Die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ist wie erwähnt zu bejahen. Folglich ist in Anwendung der genannten Bestimmung der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin direkt aus der Gerichtskasse mit Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– Mehrwertsteuer zu entschädigen. Der Anspruch auf diese unerhältliche Parteientschädigung, welche in derselben Höhe festzusetzen ist, geht auf die Gerichtskasse über, was festzustellen ist.

4. Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ist im Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Geschäfts-Nr. PC130010 wird mit Geschäfts-Nr. PC130007 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. Geschäfts-Nr. PC130010 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

**Es wird erkannt:**

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

2. Dem Gesuchsgegner wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. In Gutheissung der Beschwerden werden die Dispositiv-Ziffern 1 der Verfügungen des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 23. Januar 2013 und vom 12. Februar 2013 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid über die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. § 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 2'160.– auf die Gerichtskasse über.
7. Die unentgeltliche Rechtsbeiständin des Gesuchsgegners, Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_, wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 27. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
se